

## **Gezag en overlijden**

### **1. Inleiding**

In deze bijdrage besteed ik aandacht aan enkele problemen die kunnen rijzen in verband met het gezag over minderjarige kinderen, als een van de ouders met achterlating van de andere ouder of met achterlating van een niet-ouder als gezagsdrager overlijdt, dan wel als een van beide voogden met achterlating van de andere voogd als gezagsdrager overlijdt. Ook de testamentaire voogdij en de brief van de minister inzake de erfrechtelijke gevolgen van gezamenlijk gezag komen ter sprake.

### **2. Gezag na overlijden van een ouder met achterlating van de andere ouder**

Als een ouder overlijdt, oefent de overlevende ouder van rechtswege het gezag over de kinderen uit, indien en voor zover hij op het tijdstip van overlijden het gezag uitoefent (art. 1:253f<sup>1</sup>). Maar wat gebeurt er als de overleden ouder het eenhoofdig gezag over de kinderen uitoefende? In dat geval bepaalt de rechter dat de overlevende ouder of een derde met het gezag over deze kinderen wordt belast (art. 1:253g lid 1). In art. 1:253g lid 3 brengt de wetgever tot uitdrukking dat hij de voorkeur geeft aan de eigen ouder boven een derde als gezagsdrager. De wetgever doet dat met behulp van de bekende formulering dat ‘het verzoek om de overlevende ouder met het gezag te belasten slechts wordt afgewezen, indien gegronde vrees bestaat dat bij inwilliging de belangen van de kinderen zouden worden verwaarloosd’. Dit geldt ook als de overleden ouder een voogd had aangewezen overeenkomstig art. 1:292, dus in geval van testamentaire voogdij (art. 1:253g lid 4).<sup>2</sup>

Ook uit art. 1:253h blijkt de voorrangspositie van de eigen ouder boven een derde als gezagsdrager. Art. 1:253h lid 1 bepaalt immers dat, indien na het overlijden van een der ouders een voogd is benoemd, de rechter deze beslissing te allen tijde in diër voege kan wijzigen, dat de overlevende ouder, mits deze daartoe bevoegd is, alsnog met het gezag wordt belast. De rechter gaat hiertoe slechts over op verzoek van de overlevende ouder en niet dan op grond dat nadien de omstandigheden zijn gewijzigd, of dat bij het nemen van de beslissing van onjuiste of onvolledige gegevens is uitgegaan (art. 1:253h lid 2). In geval van testamentaire voogdij is art. 1:253h lid 3 van belang, waaruit blijkt dat, als de testamentaire voogd eenmaal in functie is, de eigen ouder niettemin gedurende een jaar na het aantreden van de testamentaire voogd zijn voorrangspositie behoudt. Na afloop van dat jaar geldt dan weer gewoon het criterium van gewijzigde omstandigheden of het van onjuiste of onvolledige gegevens zijn uitgegaan in de zin van art. 1:253h lid 2. In de woorden van de wetgever: wanneer de andere ouder een voogd had aangewezen overeenkomstig art. 1:292 en deze inmiddels is opgetreden, is art. 1:253h van overeenkomstige toepassing met dien verstande dat, mits het verzoek van de overlevende ouder binnen één jaar na het begin van de voogdij wordt gedaan, dit verzoek slechts wordt afgewezen indien gegronde vrees bestaat dat bij inwilliging de belangen van de kinderen zouden worden verwaarloosd (art. 1:253h lid 3).

Art. 1:253f betreffende gezag van rechtswege na overlijden van een ouder is uiteraard niet alleen van toepassing als de ouders vóór het overlijden van een van hen gezamenlijk het gezag over hun kinderen uitoefenden op grond van art. 1:251 lid 1 (als zij met elkaar waren gehuwd) of art. 1:251 lid 2, aanhef (als zij na scheiding het gezamenlijk gezag hadden gecontinueerd), maar ook als zij het gezamenlijk gezag uitoefenden op grond van art. 1:252 (na aantekening in het gezagsregister van art. 1:244, als zij niet met elkaar waren gehuwd en evenmin met elkaar

---

<sup>1</sup> Wetsartikelen zonder nadere aanduiding zijn artikelen van het BW.

<sup>2</sup> Zie hierna nr. 5.

gehuwd waren geweest) of art. 1:253aa (als zij een geregistreerd partnerschap met elkaar waren aangegaan en de kinderen staande hun geregistreerd partnerschap waren geboren). In geval van eenhoofdig gezag van een ouder na scheiding (art. 1:251 lid 2, slot) kan na overlijden van deze ouder art. 1:253g lid 1 worden toegepast. Dan is er dus geen sprake van gezag van rechtswege van de overlevende ouder, maar moet de rechter beslissen of de overlevende ouder dan wel een derde met het gezag wordt belast.

### **3. Gezag na overlijden van een ouder met achterlating van een niet-ouder als gezagsdrager**

Een ouder kan in een aantal gevallen het gezag over zijn kinderen uitoefenen tezamen met een niet-ouder. Naar huidig recht is dit mogelijk op grond van hetzij art. 1:253sa, hetzij art. 1:253t. Binnenkort komt daar wellicht een derde mogelijkheid bij, te weten op grond van art. 1:253sb (nieuw). In de Tweede Kamer is thans wetsvoorstel 29 353 aanhangig tot wijziging van enige bepalingen van Boek 1 BW met betrekking tot het geregistreerd partnerschap, de geslachtsnaam en het verkrijgen van gezamenlijk gezag. Het gewijzigd amendement-Van der Laan<sup>3</sup> voegt een nieuwe paragraaf 1.14.3A.1a in afdeling 1.14.3A in, welke paragraaf betrekking heeft op het gezamenlijk gezag van een ouder tezamen met een ander dan een ouder krachtens rechterlijke beslissing, dat bij de geboorte van het kind kan ingaan. Deze paragraaf bestaat uit slechts één artikel, te weten art. 1:253sb (nieuw), waarin het niet gaat om de echtgenoot of geregistreerde partner, maar om de andere levensgezel van de moeder. Art. 1:253sb lid 1 (nieuw) bepaalt dat, indien het gezag over het kind waarvan een vrouw zwanger is, naar alle waarschijnlijkheid bij die vrouw alleen zal komen te berusten (op grond van art. 1:253b), de rechtbank op gezamenlijk verzoek van die vrouw en een ander die anders dan als echtgenoot of geregistreerde partner haar levensgezel is, hen gezamenlijk met het gezag over het kind kan belasten. Dit gezamenlijk gezag begint ingevolge art. 1:253sb lid 2 (nieuw) op het tijdstip waarop het kind wordt geboren dan wel, indien de beslissing die de benoeming inhoudt, eerst nadien gevolg krijgt, op de dag waarop die beslissing in kracht van gewijsde is gegaan of, indien zij uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, daags nadat de beschikking is verstrekt of verzonden. Het gezamenlijk gezag treedt niet in, indien het kind op een tijdstip als in de vorige volzin bedoeld, tevens tot een ander dan de moeder in familierechtelijke betrekking staat (bijvoorbeeld als een man met toestemming van de moeder het kind prenataal heeft erkend). De rechtbank behoeft in geval van toepassing van art. 1:253sb (nieuw) dus alleen maar vast te stellen of in het concrete geval sprake is van een ‘andere levensgezel’. Een nauwe persoonlijke betrekking tussen de andere levensgezel en het kind is hier natuurlijk, anders dan in art. 1:253t lid 1, niet aan de orde, omdat het kind nog moet worden geboren.<sup>4</sup>

Wat gebeurt er nu gezagsrechtelijk, als de ouder overlijdt met achterlating van de niet-ouder als gezagsdrager, en wel in de drie hierboven genoemde gevallen van de art. 1:253sa, 253sb (nieuw) en 253t? In het bijzonder is deze kwestie van belang als de andere ouder nog in leven is, omdat dan de vraag rijst wie ten aanzien van het gezag voorrang heeft, de overlevende ouder dan wel de overlevende niet-ouder. Daartoe moeten wij een blik werpen op paragraaf 1.14.3A.3, die gemeenschappelijke bepalingen inhoudt inzake het gezamenlijk gezag van een ouder tezamen met een ander dan een ouder, onverschillig of dit gezag ontstaat van rechtswege (art. 1:253sa) dan wel krachtens rechterlijke beslissing (art. 1:253sb (nieuw) en 253t). Het gaat in het bijzonder om art. 1:253x. Na de dood van de ouder die tezamen met de

<sup>3</sup> Kamerstukken II 2005/06, 29 353, nr. 15; zie in het bijzonder p. 2 voor de tekst van art. 1:253sb (nieuw) en p. 2-3 voor de toelichting daarop.

<sup>4</sup> Zie M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytinck, Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht, Studiereeks burgerlijk recht deel 1, 3<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2006, nrs. 218a-220a, in het bijzonder nr. 218c.

ander het gezag uitoefende, oefent die ander van rechtswege de voogdij over de kinderen uit (art. 1:253x lid 1). Weliswaar kan de rechtbank op verzoek van de overlevende ouder te allen tijde bepalen dat deze, mits daartoe bevoegd, alsnog met het gezag wordt belast (art. 1:253x lid 2), maar de overlevende ouder heeft daarbij geen voorrangspositie boven de overlevende niet-ouder, hetgeen blijkt uit het feit dat de wetgever in dit verband de art. 1:253g en 253h<sup>5</sup>, die deze voorrangspositie regelen, heeft uitgeschakeld (art. 1:253x lid 3).<sup>6</sup>

#### **4. Gezag na overlijden van een voogd met achterlating van de andere voogd als gezagsdrager**

Sinds 1998 bestaat de mogelijkheid van gezamenlijke voogdij.<sup>7</sup> Op eensluidend verzoek van de voogd en een ander die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, kan de rechter bepalen dat de voogdij door hen gezamenlijk wordt uitgeoefend (art. 1:282 lid 1). Ook de in deze bepaling genoemde ‘ander’ heet in het systeem van de wet gewoon ‘voogd’ (art. 1:282 lid 2 en 337a). Het maakt voor de toepassing van de wettelijke bepalingen inzake gezamenlijke voogdij niet uit of de voogden met elkaar zijn gehuwd, een geregistreerd partnerschap met elkaar zijn aangegaan dan wel levensgezellen van elkaar zijn. De gezamenlijke uitoefening van de voogdij eindigt uiteraard na het overlijden van een van de voogden (art. 1:282a, slot). Na de dood van een voogd die de voogdij samen met een ander uitoefende, oefent de andere voogd voortaan alleen de voogdij over de kinderen uit (art. 1:282b). Hiervoor is dus geen rechterlijke beslissing nodig, ondanks het feit dat in laatstgenoemd artikel de woorden ‘van rechtswege’ ontbreken. Art. 1:282b is vergelijkbaar met de art. 1:253f en 253x lid 1, waarin terecht wél de woorden ‘van rechtswege’ worden gebezigd.<sup>8</sup>

#### **5. Testamentaire voogdij**

Een ouder kan bij uiterste wilsbeschikking bepalen welke persoon dan wel – sinds 1998 – welke twee personen na zijn dood voortaan als voogd onderscheidenlijk als gezamenlijke voogden het gezag over zijn kinderen zal of zullen uitoefenen (art. 1:292 lid 1). Men moet het belang van de testamentaire voogdij niet overschatten. In de praktijk zal het nogal eens voorkomen dat deze testamentaire beschikking geen effect sorteert. Uit art. 1:293 blijkt immers dat de door de ouder getroffen regeling in drie gevallen geen gevolg heeft of verval:

- a. indien na zijn overlijden de andere ouder van rechtswege of krachtens rechterlijke beschikking het gezag over zijn kinderen uitoefent;
- b. indien en voor zover hij op het tijdstip van zijn overlijden het gezag over zijn kinderen niet heeft;
- c. indien de ander die met de ouder gezamenlijk het gezag uitoefent, van rechtswege de voogd over de kinderen wordt.

Niet alleen de eigen overlevende ouder heeft in het onder a bedoelde geval voorrang boven de testamentaire voogd, maar ook de overlevende niet-ouder heeft in het onder c bedoelde geval (zie ook art. 1:253x lid 1) deze voorrang. De memorie van toelichting op de wetswijziging van 1998<sup>9</sup> motiveert dit aldus, dat de wilsuiting van de ouder zoals die in de beschikking van art. 1:292 is neergelegd, moet wijken voor de wilsuiting van diezelfde ouder, zoals die door

---

<sup>5</sup> Zie hierboven nr. 2.

<sup>6</sup> Zie Van Mourik-Nuytinck (2006), nr. 220a.

<sup>7</sup> Zie Van Mourik-Nuytinck (2006), nrs. 205 en 221.

<sup>8</sup> Zie hierboven nrs. 2 en 3.

<sup>9</sup> Kamerstukken II 1993/94, 23 714, nr. 3, p. 10.

de rechter ingevolge art. 1:253t<sup>10</sup> is bevestigd en die tot gevolg heeft gehad dat aan de partner van de ouder bepaalde rechten zijn toegekend.<sup>11</sup> Blijkbaar is de datum van de uiterste wil waarin de voogdijbeschikking voorkomt, niet van belang: of de voogdijbeschikking nu dateert van vóór dan wel van ná de rechterlijke beschikking waarbij het gezag aan de ouder en de niet-ouder tezamen is toegekend, in beide gevallen heeft de niet-ouder voorrang boven de testamentaire voogd.

## **6. Brief van de Minister van Justitie van 1 mei 2000**

Er wordt wetgeving voorbereid die ertoe strekt erfrechtelijke consequenties te verbinden aan het gezamenlijk gezag van een ouder en zijn partner en aan de gezamenlijke voogdij.<sup>12</sup> Aanvankelijk was het de bedoeling dat een kind niet alleen van zijn eigen ouder, maar ook van diens partner – van hetzelfde of van verschillend geslacht – bij versterf zou kunnen erven in geval van gezamenlijk gezag. Dit was een naar mijn oordeel slecht voorstel, omdat de wetgever dan te ver zou doorschieten. Hij zou inbreuk maken op de hoofdregel dat alleen bloedverwanten van de erflater bij versterf van hem kunnen erven (art. 4:10 lid 3). De langstlevende echtgenoot of geregistreerde partner van de erflater dient mijns inziens de enige uitzondering op deze hoofdregel te zijn (art. 4:10 lid 1, aanhef en onder a, jo. art. 4:8). Aanpassing van het versterferfrecht is niet nodig; in het onderhavige geval kan de partner van de eigen ouder gewoon een uiterste wilsbeschikking ten gunste van het kind maken. Overigens worden nu reeds kinderen over wie overeenkomstig art. 1:253sa<sup>13</sup> of 253t een ander dan de ouder gezamenlijk met de ouder het ouderlijk gezag uitoefent of heeft uitgeoefend, successierechtelijk gelijkgesteld met kinderen die in familierechtelijke betrekking tot die ander staan, zoals ook kinderen over wie overeenkomstig art. 1:282 of 292 de voogdij door twee personen gezamenlijk wordt uitgeoefend of is uitgeoefend, successierechtelijk worden gelijkgesteld met kinderen die tot die personen in familierechtelijke betrekking staan (art. 19 lid 1, aanhef en onder c en d, Successiewet 1956<sup>14</sup>). Gelukkig is de regering thans van mening<sup>15</sup> dat er bij nadere beschouwing belangrijke factoren blijken te zijn, die wijzen in een andere richting dan de toekenning aan het kind van een erfdeel bij versterf in de nalatenschap van de partner van de ouder dan wel in de nalatenschap van de voogd en van diens partner, welke factoren de regering vervolgens uitwerkt.<sup>16</sup> Vooralsnog is wijziging van het versterferfrecht derhalve niet aan de orde. De regering komt tot de conclusie dat een wetsvoorstel moet worden opgesteld, ingevolge hetwelk:

1. een kind over wie gezamenlijk gezag dan wel gezamenlijke voogdij wordt uitgeoefend op de voet van art. 1:253sa<sup>17</sup> of 253t dan wel de art. 1:282 en 292, tot een leeftijd van achttien respectievelijk eenentwintig jaren aanspraak kan krijgen op een som ineens ter zake van in verband met het overlijden van de erflater gederfd levensonderhoud (zie ook art. 4:35);
2. de erflater de mogelijkheid heeft om zo'n kind, ook als dit niet zijn stiefkind is, in erfrechtelijk opzicht te behandelen als een eigen kind, zonder dat deze

<sup>10</sup> En binnenkort wellicht ook ingevolge art. 1:253sb (nieuw), zo voeg ik hieraan toe.

<sup>11</sup> Zie Van Mourik-Nuytinck (2006), nr. 222.

<sup>12</sup> Kamerstukken II 1997/98, 22 700 ('Leefvormen'), nr. 23, p. 5 en Kamerstukken II 1999/2000, 22 700, nr. 31, p. 1-4. Laatstgenoemd stuk is de brief van de Minister van Justitie van 1 mei 2000.

<sup>13</sup> Zie noot 10.

<sup>14</sup> Overigens ontbreekt in onderdeel c ten onrechte een verwijzing naar art. 1:253sa en ontbreekt in onderdeel d ten onrechte een verwijzing naar art. 1:292.

<sup>15</sup> Voortschrijdend inzicht, zoals dat tegenwoordig heet? Laten wij het hopen!

<sup>16</sup> Kamerstukken II 1999/2000, 22 700, nr. 31, p. 2.

<sup>17</sup> Zie noot 10.

gelijke behandeling kan worden doorkruist door de legitieme portie van de eigen kinderen van de erflater (zie ook de art. 4:27 en 91).<sup>18</sup>

Zes jaren nadat de regering deze conclusie had getrokken, is er nog steeds geen wetsvoorstel bij het parlement ingediend. Elders<sup>19</sup> heb ik de hoop uitgesproken dat dit ook niet zal gebeuren. Het plan kan wat mij betreft definitief in de prullenbak verdwijnen. Dat geldt zowel voor de oorspronkelijke versie als voor de gewijzigde versie daarvan. De wetgever behoort deze materie over te laten aan de wijsheid, lees: de testeervrijheid, van de erflater-partner of van de erflater-voogd.

## **7. Ten slotte**

De wetgever heeft de materie rondom gezag en overlijden adequaat geregeld. Momenteel is er geen behoefte aan wetswijziging. In het bijzonder is er geen enkele noodzaak om erfrechtelijke gevolgen te verbinden aan gezamenlijk gezag van een ouder en een niet-ouder en aan gezamenlijke voogdij.

Prof. mr. A.J.M. Nuytinck,

hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder personen-, familie- en erfrecht, aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en hoogleraar burgerlijk recht, in het bijzonder personen- en familierecht, aan de Radboud Universiteit Nijmegen

---

<sup>18</sup> Kamerstukken II 1999/2000, 22 700, nr. 31, p. 4.

<sup>19</sup> Zie Van Mourik-Nuytinck (2006), nr. 221.